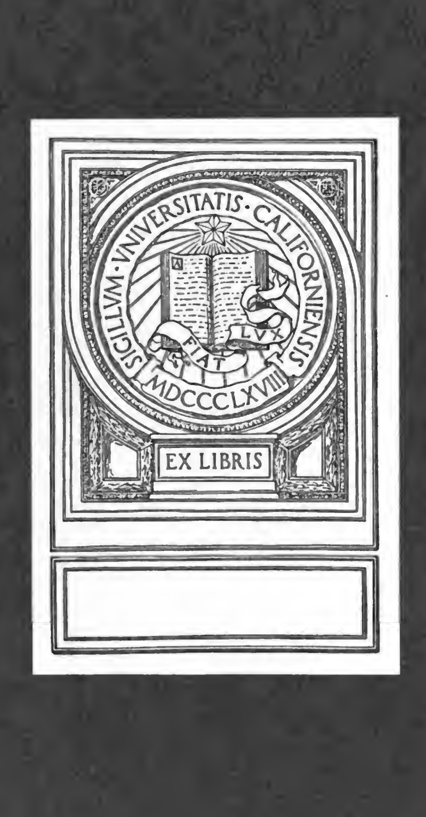
Die commenda im islamitischen recht

Josef Kohler


SIGILLVM · VNIVERSITATIS · CALIFORNIENSIS
FIAT LVX
MDCCCLXVIII
EX LIBRIS

DIE COMMENDA IM ISLAMITISCHEN RECHTE.

EIN BEITRAG ZUR GESCHICHTE DES HANDELSRECHTS

VON

Dr. JOS. KOHLER,
PROFESSOR IN WÜRZBURG.

WÜRZBURG.
DRUCK UND VERLAG DER STAHEL'SCHEN UNIV.-BUCH- UND KUNSTHANDLUNG.
1885.

DIE

COMMENDA

IM

ISLAMITISCHEN RECHTE.

EIN BEITRAG

ZUR

GESCHICHTE DES HANDELSRECHTS

VON

DR. JOS. KOHLER,
PROFESSOR IN WÜRZBURG.

WÜRZBURG.
DRUCK & VERLAG DER STAHELSCHEN UNIVERSITÄTS-BUCH- & KUNST-HANDLUNG.
1885.

§ 1.

Die commenda, über deren Gestaltung und historische Entwickelung eine Reihe schätzenswerther Darstellungen vorliegt[1]), ist nicht erst eine Institution des occidentalen Verkehrsrechts, sie hat sich nicht erst in den italienischen Handelsstädten entwickelt: sie findet sich bereits viel früher bei einem Volke, welches berufen war, Jahrhunderte lang als Träger der Kultur zu walten, die Gaben des Orients mit denen des Occidentes auszutauschen und so eine Rolle zu spielen, wie sie früher dem römischen Weltreiche zugefallen war: die commenda findet sich bei den Arabern: sie war bei ihnen bereits zur Zeit des Propheten in Uebung, sie wurde in der nächsten Umgebung des Propheten betrieben, ja der Prophet selbst betrieb einstens den Commendacommissionshandel mit dem Kapital seiner ersten Frau und Schülerin *Chadiga*[2]). Kein Wunder, dass diese Institution bei den Islamiten mit besonderer Liebe behandelt wurde, dass sie fortdauernd ein Haupthebel des Handelsverkehrs blieb, dass sie es blieb, als mit der Abbasidendynastie und mit der Erhebung Bagdads der Handel des Kalifenreiches ungeahnte Dimensionen annahm und tausende von Karawanen das unermessliche Gebiet des Kalifenreichs durchzogen, als die Jünger des Islam Indien

---

[1]) Vgl. *Renaud*, Recht der Commanditgesellschaften S. 2 f., *Lastig*, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 24 S. 414 f., Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts S. 32 f., *Lepa* in der Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 26 S. 448 f., und neuerdings namentlich *Silberschmidt*, die commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XIII. Jahrhundert (1884), und *Wagner*, Handbuch des Seerechts I S. 10 f.

[2]) Vgl. *Sprenger*, Leben und Lehre des Mohammed I S. 149 f. Vgl. ferner *Koran* II 194 (Ed. *Palmer* I p. 29).

mit Handelskolonien besäten, in Afrika eindrangen, an der Nordküste Afrikas Städte gründeten und von Afrika und Spanien aus mit den occidentalen Völkern in regen Handelsverkehr traten [1]) — eine Blüthe des Verkehrs, welche immer nur dann möglich ist, wenn eine neue Kultur sich mit den Errungenschaften einer alten erfüllt: denn erst dadurch hat die arabische Kultur ihre welthistorische Bedeutung erlangt, dass sie sich mit den kulturellen Schätzen Iraks sättigte, wie die Germanen mit denen Roms.

Und wie im occidentalen Mittelalter das kanonische Zinsverbot den Kapitalverkehr in den Kanal der commenda leiten musste [2]), ganz ebenso in der islamitischen Welt das Zinsverbot des Koran. Denn dass der Islam gleichfalls das Zinsennehmen verpönt und dass dieses Zinsverbot im islamitischen Rechte mit einer seltenen Strenge und Consequenz gehandhabt, und von den Juristen mit einer seltenen Energie durchgeführt wurde, ist jedem Kenner des islamitischen Rechtes bewusst [3]). Kein Wunder daher, dass der islamitische Kapitalverkehr sich auf diese Rechtsform warf [4]), die noch dazu in den Vorbildern aus der Zeit des Propheten ihre Verklärung fand; und so treffen wir hier die commenda ganz besonders, ja fast ausschliesslich, in der Gestalt der Geldcommenda, der Geldcapitalanlage — ja Viele hielten diese Art der commenda für die einzig zulässige.

Es gibt daher auch wenig Institute, welche in der moslemitischen Jurisprudenz eine solche Pflege fanden, wie diese Institution, und es gibt keine Rechtsschule, welche sie nicht entwickelt und juristisch verarbeitet hätte. Sie trägt zwei Namen, aber von derselben juristischen Bezeichnungskraft: kirad (keraz) und modharabah (mozaribat). Sie findet ihre Darstellung bei den sunnitischen wie bei den schiitischen Juristen; die Hauptrechtsbücher beider Theile behandeln sie ausführlich. Von den Sunniten haben sich die Hanefiten, die Schafiiten und die, dem occidentalen Verkehr am nächsten gelegenen, Malekiten mit gleichem Eifer mit dem Institute beschäftigt. Es

[1]) Vergl. die meisterhafte Darstellung des arabischen Handelsverkehrs in *Kremer*, Kulturgeschichte des Orients II S. 274 f.

[2]) Vgl. *Renaud* S. 14, *Silberschmidt* S. 30.

[3]) Vgl. *Van den Berg*, de contractu „do ut des" jure Mohammedano (1868) p. 93: „Ne unum quidem eorum (sc. JCtorum) inveni, qui non magno odio haberet usuram, eamque materiam magna animi voluptate tractaret".

[4]) Vgl. *Seignette*, Code Musulman par Khalil p. XXXIII.

findet sich in dem allbekannten massgebenden Hanefitischen Rechtsbuche, dem Hidaya[1]), es findet sich in dem schafiitischen Rechtsbuche, welches eben in unseren Tagen durch die verdienstliche Arbeit *Van den Berg's* allgemein zugänglich geworden ist[2]); und es findet sich in nicht weniger sorgfältiger Bearbeitung in dem malekitischen Rechtsbuche *Khalils*[3]). Von der Schiitischen Jurisprudenz wird im künftigen das Hauptwerk citirt werden, *El Mohekkik,* Scherayet ol islam[4]), ein Werk, welches in dem Hauptlande der Schiiten, in Persien, die Rechtskultur beherrscht.

Unsere Aufgabe soll es nun nicht sein, die Kanäle nachzuweisen, durch welche die Institution aus dem Orient in den Occident gedrungen ist; wir wollen auch nicht etwa geradezu behaupten, dass es bei den Occidentalen eine durchaus exoterische Pflanze gewesen und nicht schon im heimischen Rechte seine Keime gehabt hätte. Aber das ist jedenfalls sicher, dass das islamitische Institut ganz hervorragend zur Entwicklung der occidentalen commenda beigetragen hat: es wäre undenkbar, dass ein so blühendes Institut in einem blühenden Verkehre ohne Gegenwirkung geblieben wäre auf eine neu aufwachsende Kulturwelt, welche unter den gleichen commerciellen Verhältnissen und unter dem gleichen Einflusse eines Zinsverbotes lebte; und es wäre um so undenkbarer bei der so mannigfachen kulturellen Einwirkung des Kalifates und namentlich des spanischen Kalifates auf das occidentale Mittelalter[5]); und es kann endlich eine solche

---

[1]) Citirt nach der Uebersetzung von *Hamilton,* the Hedaya or guide, a commentary on Mussulman Laws; 2 ed. von *St. G. Grady* (London 1870).

[2]) *Minhadj Attalibin,* le guide des zélés croyants. Manuel de Jurisprudence Musulmane selon le rite de Chafii (Batavia 1882 f.).

[3]) *Khalil* ist benützt nach der Uebersetzung *Seignette's,* Code Musulman (Constantine 1878), hiernach ist die Citirung der Artikel, und nach der Uebersetzung von *Perron,* Précis de Jurisprudence Musulmane (1848), in der Exploration scientifique de l'Algérie (t. X f.).

[4]) Französische Uebersetzung von *Querry,* Droit Musulman, recueil de lois concernant les Musulmans Schyites (Paris 1871 f.).

[5]) Vgl. auch *Diercks,* die Araber im Mittelalter (1882) S. 159 f. Wenn *Brünneck,* Siciliens mittelalterliche Stadtrechte I S. XXXII annimmt, dass der Einfluss der Araber auf die Rechtsgeschichte Siciliens ohne Bedeutung war, so scheint mir dies sehr zweifelhaft; jedenfalls bedarf dieser Punkt noch einer eingehenden Untersuchung vom Standpunkte des islamitischen Rechtes aus. Schon die Adoptirung arabischer Ausdrücke, wie kisiriae = novales im Palermitanischen Stadtrecht 83 (*Brünneck* I p. 65, II p. 177) dürfte das Gegentheil beweisen.

Einwirkung um so weniger zweifelhaft bleiben, wenn man die nahe Verwandtschaft in der ganzen Gestaltung der occidentalen commenda und des orientalischen Kirad in Betracht zieht.

Diese Einwirkung bietet uns ein glänzendes Beispiel für den Satz, dass in der Kulturwelt, wie in der organischen Naturwelt, die Einwirkung jeweils eine gegenseitige ist: das islamitische Recht, welches aus dem griechisch-römischen Rechtsleben so manche Bereicherung entnommen, hat durch diese Institution dem occidentalen Rechte seinen Tribut erstattet.

Eine Darstellung des Kiradinstitutes muss daher nicht bloss für die Rechtsgeschichte des Orientes, sondern auch für die Rechtsgeschichte des Occidentes von Interesse sein; sie ist ein wesentliches Element in der Darstellung der Geschichte der commenda [1]).

§ 2.

Treffend schildert uns der *Hidaya* III 27, 1, p. 454 die wirthschaftliche Bedeutung der Institution: „Contracts of Mozaribat are authorized by the Law from necessity; since many people have property who are unskilled in the art of employing it; and others, again, possess that skill without having the property: hence there is a necessity for authorizing these contracts, in order that the interests of the rich and poor, and of the skilful and unskilful may be reconciled, — worauf sich das Rechtsbuch auf den Gebrauch des Institutes zur Zeit des Propheten und auf die Billigung des Propheten beruft.

Das Wesen des Kirad besteht in der Verbindung des Kapitalisten mit der Handelsthätigkeit des Geranten, und das Vehikel der Verbindung ist die Theilung des Gewinnes, welche aus dieser Combination hervorgeht [2]). Der Gerant erhält keinen Lohn für seine Thätigkeit, wohl aber erhält er einen Ersatz für seine Reise-

---

[1]) Vergl. auch schon über diese Lehre *Keijzer*, Handboek voor het Mohammedaansch Regt (1853) S. 183 f., *Tornauw*, das moslemische Recht (1855) S. 118 f., *Vans Kennedy*, an Abstract of Muhammedan Law p. 129, *Van den Berg*, de Beginselen van het Mohammedaansche recht S. 108, *Kremer*, Culturgeschichte des Orients I S. 513.

[2]) Vgl. die Definition von *Ibn Arfa*: La commandite est un contrat par lequel on confie des fonds à un marchand pour en trafiquer, à la condition de participer aux bénéfices, *Khalil* bei *Seignette* p. 311.

und Aufenthaltskosten und einen Antheil an dem Gewinn, welcher sich ergibt, nachdem Unkosten und Kapital gedeckt sind.

Das Verhältniss wird als Mandatsverhältniss aufgefasst [1], aber allerdings als ein durch das Eigeninteresse des Geranten modificirtes Mandatsverhältniss: daher hat der Kapitalist das Recht, den Kirad zu widerrufen, *Hidaya* p. 464, *Khalil* 998 (*Perron* IV p. 514), *El-Mohekkik* (*Querry* I p. 504) [2], — denn auch im islamitischen Rechte ist die Widerruflichkeit des Mandates anerkannt, vgl. *Hidaya* III 23, 4 p. 397, *Khalil* 716 (*Perron* IV p. 263), *Minhadj* II p. 67, 139. Und dieses Widerrufsrecht ist so wesentlich, dass nicht darauf verzichtet werden kann: es kann daher kein Kirad in diesem Sinne auf bestimmte Zeit eingegangen werden, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 504).

Doch wirkt auch hier der Widerruf erst von dem Momente der Kenntniss des Geranten an (wenigstens nach Ansicht der Hanefiten) *Hidaya* p. 464 cf. p. 397. Und findet der Widerruf statt, bevor der Gerant zur Realisation gelangt ist, so hat er Anspruch auf entsprechenden Salair, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 511).

Und ebenso löst sich das Verhältniss auf durch Tod oder durch Expatriation des Geranten oder des Kapitalisten, *Hidaya* p. 463, *Minhadj* II p 139, *Khalil* 994 (*Perron* IV p. 511), *El Mohekkik* (*Querry* I p. 506) [3]; ganz ähnlich wie das gewöhnliche Mandatsverhältniss, vgl. *Hidaya* p. 397.

Aber der Unterschied vom Mandat, welcher durch das Eigeninteresse des Geranten bedingt ist, tritt bei der Auflösung des Verhältnisses in zwei wichtigen Consequenzen hervor: einmal, der Gerant hat nach der Auflösung das Recht der Liquidation, er hat das Recht, die noch übrige Verkaufswaare zu Gelde zu machen, damit nunmehr der Gewinn festgesetzt und getheilt werden kann, *Hidaya* p. 464. Diese Liquidation ist sein Recht, sie ist aber auch seine Pflicht, *Minhadj* II p. 140.

Dazu kommt noch ein zweites; sind Ausstände vorhanden, so ist er nicht etwa bloss wie ein sonstiger Mandatar gehalten,

---

[1]) *Minhadj Att.* II p. 135. Les rapports . . . . sont les mêmes que les rapports entre un mandataire et son mandant.

[2]) Bezüglich der italienischen Commenda vgl. *Renaud* S. 7, *Lepa* S. 451, *Silberschmidt* S. 95.

[3]) Bezüglich der italienischen Commenda vgl. *Silberschmidt* S. 95 f., *Lepa* S. 451.

dieselben an den Kapitalisten zu überweisen (mandare actiones)[1], sondern diese selbst einzuziehen und das eingezogene Geld entsprechend zur Theilung zu bringen — er hat diese Pflicht mindestens in dem Falle, wenn das Verhältniss Gewinn gebracht hat und er also an dem Einzuge der Gelder mitinteressirt ist; ist kein Gewinn vorhanden, bekommt also der Gerant nichts, dann wird er, wenigstens nach der Ansicht mancher Juristen, nur wie ein Mandatar behandelt, und er genügt seiner Pflicht durch Ueberweisung der Ansprüche an den Kapitalisten, also durch mandatum in rem suam an diesen; *Hidaya* p. 464.

Diese Pflichten obliegen dem Geranten; sie obliegen nach seinem Tode seinem Erben, sofern er dazu geeignet ist und die nöthige Sicherheit bietet, ansonst an Stelle desselben ein Vertreter die Liquidation zu besorgen hat, *Perron* IV p. 527.

Wie schon aus dem Obigen hervorgeht, handelt der Gerant in eigenem Namen[2], er wird berechtigt und er wird verpflichtet; er kann daher auch mit dem Kapitalisten selbst contrahiren, z. B. an diesen selbst verkaufen[3], nur dürfen solche Geschäfte keine wucherische Bedrückung des Geranten enthalten, *Hidaya* p. 284. 469, *Khalil* 992 (*Perron* IV p. 510), gegen jede Zulässigkeit *El Mohekkik* (*Querry* I p. 513); und der Kauf einer Sache des Kapitalisten durch den Geranten gilt als unzulässig, da hier kein Eigenthumsübergang geplant ist, mindestens ist er nur zulässig ohne Gewinn, d. h. so dass der Kapitalist die Sache zu dem Preise gibt, um den er sie erworben hat, *Khalil* 1000 (*Perron* IV p. 515), *Hidaya* p. 469.

---

[1]) Das islamitische Recht kennt das mandare actiones in Gestalt des mandatum in rem suam, wie das römische Recht.

[2]) Bezüglich der commenda vgl. *Renaud* S. 7, *Silberschmidt* S. 87, ferner *Lastig* in Goldschmidts Zeitschr. XXIV S. 415, *Lepa* ib. XXVI S. 448.

[3]) Nur muss hierbei berücksichtigt werden, dass der Kapitalist hier zugleich am Gewinn participirt, so dass, wenn er eine vom Geranten zu 10 gekaufte Sache zu 15 kauft und wenn der Gewinn halbirt wird, die Sache in der That zu 12½ gekauft ist. Das ist wichtig; denn wenn er die Sache an einen Dritten verkauft, so darf er als den Preis, um den er sie erworben hat, nicht 15, sondern nur 12½ angeben; vgl. *Hidaya* p. 284. 469.

§ 3.

Der Kiradvertrag verlangt ein Anvertrauen eines bestimmten Vermögensgutes. Ungültig wäre daher ein Vertrag in der Art, dass ein debitor das, was er schuldet, als commenda behalten solle [1]; ja selbst ein Depositum oder Pfand kann nicht in eine commenda verwandelt werden: es muss restituirt und dann anvertraut werden; so wenigstens nach der Schule Maliks, *Khalil* 970 (*Perron* IV p. 495 f.). Ebenso lehren die Schiiten, dass ein geschuldetes Kapital keine commenda bilden könne, es sei denn bezahlt; und auch ein Vertrag in der Art, dass ein Gerant eine Sache veräussern und den Erlös als commenda behalten solle, ist ungültig, weil es an der res certa (im Sinn der Islamiten) fehlt, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 507).

Gewisse Gegenstände sind von der commenda ausgeschlossen; Hauptcommenda ist Geld, ja nach der Lehre Vieler ist Geld der einzige zulässige Gegenstand des Geschäfts, *Hidaya* p. 220, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 506) [2].

Zu einem Nachschiessen von Kapital ist der Kapitalist nur insofern verpflichtet, als früheres Kapital verloren gegangen ist und ein solches Nachschiessen zur Abwickelung bereits engagirter Geschäfte erforderlich ist; vgl. *El Mohekkik* (*Querry* I p. 513).

Die Thätigkeit des Geranten darf nur eine Handelsthätigkeit sein; ungültig wäre der Kirad, kraft dessen der Gerant sich zugleich zu einer industriellen oder landwirthschaftlichen Thätigkeit z. B. zum Anbau gewisser Pflanzen, zum Nähen, Sticken u. s. w. verpflichtete, *Khalil* 977 (*Perron* IV p. 501. 502) — eine Thätigkeit, welche über die Sphäre der dem Institute entsprechenden Mandatshandlungen hinausginge.

§ 4.

Ist hiernach der Kirad als modificirtes Mandatsverhältniss construirt, so ergibt sich die weitere Gestaltung der Sache von selbst; der Gerant wird nicht Eigenthümer der commendirten Sachen [3]; ja solches kann gar nicht bedungen werden, es wäre der Natur des Verhältnisses widersprechend, *El Mohekkik* (*Querry*

---

[1]) Wer denkt hier nicht an Afrikan, fr. 34 pr. mandati?

[2]) Bezüglich der commenda vergl. *Renaud* S. 4, *Silberschmidt* S. 79.

[3]) Vergl. auch bezüglich der italienischen commenda *Silberschmidt* S. 85.

I, p. 504). Aber der Gerant hat das freie Verfügungsrecht; er kann sie in freiester Weise veräussern: er kann kaufen, verkaufen, vertauschen, er kann die Gelder zu seinem Unterhalte verwenden: alle solche Dispositionen sind gültig und übertragen Eigenthum; *Hidaya* p. 456, *Khalil* 989 (*Perron* IV p. 507).

Allerdings können ihm durch den Kiradvertrag Beschränkungen auferlegt werden; diese haben aber doch nur obligatorischen Charakter, sofern nämlich der Gerant für das anvertraute Kapital insoweit verantwortlich wird, als er die ihm gesetzten Bedingungen überschreitet, *Hidaya* p. 457 f.

Solche Bedingungen[1]) können ihm namentlich gesetzt sein in Bezug auf den Ort des Geschäftsbetriebs: der Gerant kann gehalten sein, in seiner eigenen Stadt die Geschäfte zu betreiben: denn wenn es bei diesem Verhältniss auch gewöhnlich auf eine Reise des Geranten abgesehen ist, so ist dies nur das gewöhnliche, nicht das unerlässliche: es gibt ausser der Reisecommenda auch eine Ortscommenda, *Hidaya* p. 467. Es kann ihm eine gewisse Reiseroute vorgeschrieben sein, bestimmte Städte können in Aussicht genommen werden, *Hidaya* p. 457, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 506); ja es können gewisse Modalitäten festgesetzt werden, wie z. B. dass die Veräusserung nur auf dem Markte geschehen solle, *Hidaya* p. 457. 458. Auch die Zeit des Verhältnisses kann limitirt sein, *Hidaya* p. 458 — noch mehr, der Gerant kann an bestimmte Personen gewiesen werden, mit welchen er die Geschäfte abschliessen soll, sofern der Kapitalist eben besonders den Kredit dieser Personen im Auge hat, *Hidaya* p. 458; so auch die Schiiten, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 504). Doch wird eine solche Beschränkung für unzulässig erachtet von den Schafiiten, *Minhadj* II p. 133 und von den Malekiten, *Khalil* 973 (*Perron* IV p. 503).

Und ebenso verhält es sich mit der Beschränkung auf gewisse Handelsartikel, welche nach *Hidaya* p. 457 und nach den Schiiten, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 504) als gültig erscheint, aber bei *Minhadj* ib. verpönt wird — ja *Khalil* verpönt sogar eine örtliche Fixirung, *Khalil* 979 (*Perron* IV p. 503) — lässt es jedoch zu, dass bestimmte Waarensorten oder bestimmte Routen ausgenommen werden, *Khalil* 993 (*Perron* IV p. 510).

---

[1]) Ueber solche Clauseln bei der italienischen Commenda vgl. *Renaud* S. 6 f., *Silberschmidt* S. 96 f.

Unzulässig ist es, den Geranten so zu beschränken, dass ihm kein freier Spielraum mehr im einzelnen Falle verbliebe; so ist insbesondere ein Kiradvertrag ungültig, bei welchem der Kapitalist sich seine persönliche Ingerenz in die Geschäftsführung vorbehält, *Hidaya* p. 456, *Minhadj Att.* II p. 133, *Khalil* 975 (*Perron* IV p. 500). Auch eine Controlperson darf ihm nicht beigeordnet werden; statthaft ist es nur, ihm einen Sclaven des Kapitalisten zur Dienstleistung mitzugeben, welcher allerdings kein Spion sein soll, aber faktisch doch eine gewisse Aufsicht führen und damit ebensosehr gegen Uebergriffe des Geranten Schutz bieten wird, wie, im antiken Rechte, der bekannte Sclave beim foenus nauticum, wie der „servus trajecticiae pecuniae gratia secutus"; vgl. *Khalil* 976 (*Perron* IV p. 500).

Daraus ergibt es sich von selbst, dass der Kapitalist in keiner Weise berechtigt ist, Commendagut zu veräussern ohne Zustimmung des Geranten, wie dies auch noch in *Khalil* 1002 (*Perron* IV 516) ausdrücklich ausgesprochen ist.

Innerhalb dieser Schranken hat der Gerant freie Bewegung, d. h. seine Verantwortlichkeit wird nicht engagirt, sofern er nur mit der entsprechenden Vorsicht gehandelt hat: er kann nicht nur auf baar verkaufen, sondern auch auf Credit, sofern er sich nur innerhalb der im Verkehre üblichen Stundungsfristen hält, *Hidaya* p. 465, ebenso kann er nachträglich Stundung bewilligen, *Hidaya* p. 465; er kann über die Kaufschuld verfügen, sie beispielsweise an einen Dritten überweisen, *Hidaya* p. 465. So die *Hanefiten*; nicht soweit geht die Schule Shafiis: nach dieser ist ein Creditverkauf nur mit besonderer Bewilligung des Kapitalisten gestattet, *Minhadj* II p. 137, sonst ist er persönlich haftbar, cf. *Minhadj* II p. 138; ebenso lehren die Malekiten, *Khalil* 994 (*Perron* IV p. 512); ebenso die Schiiten *El Mohekkik* (*Querry* I, p. 505. 506).

Dagegen handelt er ausserhalb seiner Befugniss, wenn er Liberalitäten macht, *Perron* IV p. 533; und da es nach dem Koran bekanntlich kein verzinsliches, sondern nur ein unverzinsliches Darlehen gibt — vgl. auch *Minhadj* I p. 426 — so sind auch Darlehen ausgeschlossen, *Hidaya* p. 457.

Auch der Abschluss eines neuen Kiradverhältnisses mit einem Dritten, das Eingehen eines Societätsverhältnisses, die Substituirung eines Anderen an seiner Stelle ist ihm nur auf Grund einer besonderen Vollmacht erlaubt, welche aber auch

darin liegen kann [1]), dass ihm ein völlig freies Handeln gestattet wird, *Hidaya* p. 457. 466, *Khalil* 994 (*Perron* IV p. 511).

Ja, nach den Schafiiten erscheint solches überhaupt als unzulässig: als unzulässig trotz der Zustimmung des Kapitalisten, *Minhadj* II p. 135. Jedenfalls soll im Fall dieser (erlaubten) Subcommendirung der Gewinn allein zwischen dem Kapitalisten und dem Subgeranten getheilt werden, da ja hier der erste Gerant weder mit Kapital noch mit Arbeit betheiligt ist, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 511).

§ 5.

Der Gerant hat mit der Vorsicht eines bonus pater familias zu handeln, *Minhadj* II p. 137; insbesondere hat er in handelsüblicher Weise für Aufbewahrung und Constatirung der Waare zu sorgen, *Minhadj* II p. 138; er muss sich solcher Speculationen enthalten, die sich als offenbar unsicher erweisen, *Khalil* 994 (*Perron* IV p. 510 f.). Dagegen trägt er die Gefahr nicht [2]), und dieselbe kann ihm nicht vertragsmässig aufgebürdet werden, *Hidaya* p. 220. 456, *Khalil* 973, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 510).

§ 6.

Ueber die Theilung des Gewinnes bestimmt der Kiradvertrag, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 508); diese Bestimmung ist vollkommen frei, auch ist eine nachträgliche Aenderung communi consensu zulässig, *Khalil* 981 (*Perron* IV p. 504); nur muss die Bestimmung eine sichere und gewisse sein: besteht hierüber Ungewissheit, so ist der Kiradvertrag nichtig, *Hidaya* p. 456, *El Mohekkik* I p. 509.

Ebenso ist ein Vertrag ungültig, bei welchem die Antheile beider nicht rein quotenweise bestimmt werden, sondern beispielsweise so, dass der eine der Beiden einen bestimmten Betrag aus dem Gewinne zum Voraus erhebt, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 509), *Hidaya* p. 455, *Minhadj* II p. 135; und ebenso wenig ist es statthaft, dass beispielsweise dem einen Theil der Gewinn einer bestimmten Art voll und ganz zugewiesen wird, *Minhadj* II p. 135.

---

[1]) Bezüglich der italienischen commenda vergl. *Renaud* S. 6, *Silberschmidt* S. 98.

[2]) Bezüglich der italienischen commenda vergl. *Renaud* S. 9, *Silberschmidt* S. 112 f.

Im Zweifel ist Halbtheilung anzunehmen; vgl. *Hidaya* p. 468 f., *Minhadj* II p. 134 [1]). Unzulässig ist die Zuweisung des ganzen Gewinnes an einen der Contrahenten, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 508).

Ein Gewinn ist erst vorhanden, soweit nicht nur das Kapital erhalten ist, sondern auch die auf dem Geschäfte lastenden Unkosten gedeckt sind. Zu den letzteren gehören auch die Reisekosten des Geranten und seine Unterhaltungskosten, solange er auf der Reise ist: sein Unterhalt in der Heimath fällt auf ihn selbst, *Hidaya* p. 467, *Khalil* 1007. 1008, (*Perron* IV p. 519). Reist er zugleich in eigenem und fremdem Interesse, so werden die Unterhaltskosten getheilt, *Khalil* 1009 (*Perron* IV p. 520), *El Mohekkik* (*Querry* I p. 505). Dagegen erhält er kein Honorar für seine Arbeit, da ihm an Stelle dessen ein Theil des Gewinnes zukömmt, *Hidaya* p. 467.

Die Auseinandersetzung geschieht daher in der Weise, dass der Kapitalist zuerst sein Kapital erhält, worauf dem Geranten aus dem Ueberschuss der Unkostenersatz zugewiesen wird und schliesslich der Gewinn vertragsmässig zur Theilung kommt, *Hidaya* p. 468. Massgebend ist dabei der Stand des Kapitals in dem Momente, in welchem die Geschäftsführung des Geranten begann: hat dasselbe vorher Minderungen erlitten, so hat sie der Kapitalist allein zu tragen, *Minhadj* II p. 139; aber die Geschäftsführung des Geranten beginnt nicht erst mit dem Momente, wo er Verkehrsgeschäfte abschliesst, sondern bereits mit dem Momente, wo er das Gut zum Beginn seiner Geschäftsoperationen ausgeantwortet erhält, *Khalil* 1003 (*Perron* IV p. 516); vergl. übrigens auch *El Mohekkik* (*Querry* I p. 512). Ergibt jedoch die Sache späterhin natürliche Früchte, so erscheinen diese als incrementum des Kapitals, sie werden nicht dem Gewinne zugerechnet, *Minhadj* II p. 139 — und so auch der Gewinn aus Sclavenarbeit und der sonstige Sclavenerwerb, *Minhadj* l. c. — dies entspricht vollkommen dem Grundsatze, dass auch der Gerant nur zur kaufmännischen, nicht auch zur technisch-industriellen oder landwirthschaftlichen Thätigkeit gehalten ist.

Die Unkosten, welche die Waare betreffen, also insbesondere die Transportkosten, fallen auf das Kapital, d. h. der Kapitalist

[1]) Bezüglich der commenda, wo bekanntlich die quarta für den Commendatar üblich ist, vgl. *Renaud* S. 5, *Silberschmidt* S. 99.

erhält um so viel weniger qua Kapital zurück, und der Rest wird getheilt, *Hidaya* p. 468.

Als Unkosten der Waare ist auch der Salair der Leute des Geranten zu betrachten, sofern es sich um Thätigkeiten handelt, welche nicht zu den persönlichen Obliegenheiten des Geranten gehören; *Minhadj* II p. 138, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 505). Uebrigens kann der Gerant sich ausbedingen, dass ihm Sclave oder Lastthier vom Kapitalisten unentgeltlich gestellt wird, *Khalil* 984 (*Perron* IV p. 505).

Die Berechnung geschieht erst nach vollständiger Lösung des Kiradverhältnisses; eine dieser vorhergehende Gewinnvertheilung ist nur eine provisorische, *Hidaya* p. 465, anders natürlich, wenn das eine Verhältniss abgewickelt worden ist und ein zweites neues Verhältniss beginnt: hier ist und bleibt die erste Abwickelung eine definitive, mag nun das zweite Verhältniss Gewinn oder Verlust bringen.

§ 7.

Bei dem Kiradvertrage handelt es sich um ein Verkehrtreiben des einen mit der Waare des Anderen; von einer Mischung beiderseitigen Vermögens zum Societätsgute ist keine Rede [1]. Darum ist es auch nicht unzulässig, dass ein Gesellschafter im Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte mit dem Societätsgute ein Kiradverhältniss eingeht, während es ihm nicht zustände, der Gesellschaft einen neuen Socius zuzubringen, *Hidaya* II 14, p. 226; allerdings war diese Ansicht keine unbestrittene: *Hanifa* war entgegen, weil der Kirad auch eine Art von Gesellschaftsverhältniss involvire, aber *Hanifas* Meinung wurde verworfen, „because patnership is not the design of a contract of Mozaribat, the only view in it being the acquisition of profit. It is therefore lawful to give the capital in the way of Mozaribat, in the same manner as it is lawful for the proprietor of the stock to hire a labourer with wages“, *Hidaya* p. 226 — eine ganz vortreffliche Entscheidung!

Wenn daher der Gerant zugleich mit seinem Vermögen Handel treibt, wenn er insbesondere nach Verbrauch des ganzen Kapitalstockes mit eigenem Vermögen Geschäfte eingeht, so ist dies kein Kirad mehr, sondern ein *Istidanit* d. h. es geht auf

---

[1]) Bezüglich der compania, collegantia, societas maris vergl. *Silberschmidt* S. 106 f., *Wagner* I S. 11.

seine Rechnung, auf seinen Gewinn, auf seinen Verlust; vergl. *Hidaya* p. 466, *Khalil* 1005 (*Perron* IV p. 517).

Doch ist auch die Combination, wo beide Gesellschafter Vermögen vereinigen, um damit Handel zu treiben, wobei der Eine zugleich als der Gerant des Andern auftritt, dem islamitischen Rechte bekannt; nur ist dies kein Kirad mehr, sondern ein Schirkat, ein Gesellschaftsvertrag. Und zwar ist dies ein Schirkat Inan: ein Gesellschaftsvertrag, bei welchem die Geschäfte nicht im Collectivnamen der Gesellschaft, sondern lediglich im Namen des Geschäftsführers abgeschlossen werden, welcher dann seinerseits durch Regress gegen den Socius das Gleichgewicht herstellt. Die weitere Entwickelung dieses Punktes gehört dem islamitischen Gesellschaftsrechte an, welches, wie das islamitische Obligationenrecht überhaupt, demnächst an einem anderen Orte seine Darstellung finden soll; nur das sei bemerkt, dass die Schafiiten und Malekiten dieser Rechtsform allerdings den Boden abgegraben haben durch die Bestimmung, dass die Gewinntheile beider Socien — ohne Rücksicht auf die der Gesellschaft gewidmete Thätigkeit — den körperlichen Einlagen entsprechend sein müssen. Anders die Hanefiten, welche auch einen anderweiten Theilungsmassstab zulassen; und auch die Schiiten gestatten es, dass einem Gesellschafter, welcher durch seine Arbeit wesentlich zum Gewinne beiträgt, ein erhöhter Theil zugewiesen wird, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 498): nur mit dieser Gestattung ist die gemischte Kapital- und Arbeitsgesellschaft auf die Dauer lebensfähig.

§ 8.

Ein ungültiger Kiradvertrag wird als locatio operarum behandelt unter Berechnung eines üblichen Locationshonorars für den Geranten, während der Gewinn völlig an den Kapitalisten fällt, *Hidaya* p. 455, *Minhadj* II p. 136, *Khalil* 973 (*Perron* IV p. 499). So verhält es sich insbesondere auch mit demjenigen unzulässigen Kiradvertrag, welchen der Gerant eines ersten Kiradverhältnisses, bezüglich des ihm anvertrauten Vermögens, ohne Zustimmung seines Kapitalherrn, abgeschlossen hat, *Minhadj Att.* II p. 136, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 511. 512): in diesem Falle muss der erste Gerant dem Subgeranten den üblichen Salair bezahlen, da die Subcommenda nicht als Commenda, sondern als locatio conductio behandelt wird.

§ 9.

Es kann ein Kapitalist zugleich in mehreren Kiradverhältnissen mit verschiedenen Geranten stehen, und ebenso ein Gerant mit mehreren Kapitalisten, *Minhadj* II p. 136 [1]); im letzteren Fall kann der Gerant die verschiedenen Einlagen gemeinsam realisiren [2]) und berechnet den einem jeden zukommenden Theil nach Massgabe der Einlage, *Minhadj* II p. 136, *Khalil* 985 (*Perron* IV p. 505 f.): eine Theilung unter die Kapitalisten nach anderem Satze, als nach Massgabe der Einlage, wäre (nach gemeiner Meinung) unzulässig, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 512) — entsprechend den Grundsätzen des islamitischen Gesellschaftsrechts. Auch kann derselbe Kapitalist mit demselben Geranten mehrere Kiradverträge abschliessen; aber doch nur so, dass beide Verhältnisse zusammen nach denselben Gewinnraten abgewickelt werden, oder so, dass zwar eine verschiedene Betheiligungsnorm festgesetzt wird, aber die zweite Einlage erst zur Verwendung kommt, nachdem die erste erschöpft ist — weil das Gegentheil dazu führen würde, dass der Gerant die weniger lucrative Einlage minder sorgfältig behandeln würde als die lucrative, *Khalil* 991 (*Perron* IV p. 508 f.).

Ein Gerant soll keine neuen Kiradverträge abschliessen, sofern solche ihm die nöthige Zeit zur Abwickelung der alten Verträge benehmen würden: von zwei collidirenden Verhältnissen geht das erste vor, *Khalil* 1001 (*Perron* IV p. 516).

§ 10.

Der dominus kann auch seinem Sclaven Gut anvertrauen und ihn als Geranten verwenden, *Khalil* 990 (*Perron* IV p. 508); die Besonderheit dieses Verhältnisses, und überhaupt die mehrfachen eigenartigen Constellationen, welche sich aus dem islamitischen Sclavenrecht in Verbindung mit dem Kirad ergeben — vgl. *Hidaya* p. 459 f. 469, *Khalil* 1010 f. — können hier füglich übergangen werden. Ebenso übergehe ich einige etwas difficile Bestimmungen des islamitischen Beweisrechts, welche nur im Zusammenhalte mit dem ganzen islamitischen Beweis- und Processsystem entwickelt werden können.

---

1) Wie dies auch bei der commenda möglich war vgl. *Renaud* S. 15. 17, *Lepa* in Zeitschr. f. Handelsrecht XXVI S. 451. 452 und die daselbst cit. Stellen.

2) *Khalil* 985: Il peut faire masse commune des fonds de divers commanditaires et même des siens —.

§ 11.

Mit Recht hat man auf die Analogie der landwirthschaftlichen Theilpacht hingewiesen[1]), bei welcher gleichfalls der eine das Grundkapital, der andere die Arbeit liefert, und die Früchte zwischen beiden getheilt werden[2]). Auch die Theilpacht ist im islamitischen Recht entwickelt, und zwar als Theilpacht bezüglich der Bodenkultur, als *Mozara*, und als Theilpacht bezüglich der Baumkultur, als *Mosakah*[3]). Dieselben werden denn auch vielfach mit dem Kirad zusammengehalten, und sehr häufig wird von der Gültigkeit des Kirad auf die Gültigkeit derselben geschlossen[4]): denn allerdings ist die Gültigkeit beider Institute nicht unbestritten: *Hanifa* hielt beide Verträge für ungültig, *Hidaya* p. 579. 584; *Schafii* erkannte nur den *Mosakah* an, und auch diesen (wenigstens in seiner späteren Lehrzeit) nur für Wein und Datteln, der Mozara sollte nur statthaft sein als Pertinenz zum Mozakah, *Hidaya* p. 584. 585, *Minhadj* II p. 143[5]).

Die Hanefiten haben sich jedoch über die Lehrmeinung Hanifas hinweggesetzt und beide Verträge als gültig angenommen; ebenso die Schiiten, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 515. 521)[6]); auch die Malekiten halten beide Verträge für gültig, wenn auch den Mozara nur mit verschiedenen Beschränkungen, *Khalil* 1028. 1034, während die Schafiiten bei der Ansicht des Stifters ihrer Schule beharren.

Beide Institute werden nach Analogie des Kirad behandelt: die Fruchtraten, welche jedem zukommen, müssen in Quoten bestimmt sein: ein Vertrag, worin dem einen ein festes Quantum oder Früchte gewisser Art zugewiesen würden, wäre nichtig; *Hidaya* p. 580, *Minhadj* II p. 145 *El Mohekkik* (*Querry* I p. 515), aber auch p. 524 (wo für Mosakah eine Ausnahme).

---

1) Vgl. *Silberschmidt* S. 21.

2) Ueber diese Theilpacht in Sicilien vgl. *Brünneck*, Siciliens mittelalterliche Stadtrechte II S. 176 f.

3) Vgl. auch *Tornauw* S. 122. 126, *Kremer* I S. 513.

4) Vgl. z. B. *Hidaya* p. 579: It is therefore valid from its analogy to a contract of Mozaribat.

5) Vgl. über diese Differenzpunkte auch *Goldziher*, die Zahiriten S. 54 f. und *meine* Abhandlung in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft V S. 395.

6) Dagegen wird der Vertrag, wornach der Theilpächter Bäume pflanzen soll und die Bäume gemeinsames Eigenthum werden sollen, als ungültig erklärt, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 527).

Beide Institute werden durch den Tod des einen oder anderen aufgelöst; doch hat der Arbeiter, sobald die Frucht bereits im Wachsen ist, die Befugniss, das Verhältniss bis zur Ernte fortzusetzen, und ebenso beim Mosakah, wenn die Früchte noch unreif sind, *Hidaya* p. 582. 586. Nach *El Mohekkik* (*Querry* I p. 515) ist der Tod eines der beiden Theile überhaupt kein Auflösungsgrund mehr; ähnlich *Minhadj* II p. 149.

Ein freies Widerrufs- und Rücktrittsrecht ist allerdings bei diesen Contrakten nicht anerkannt, *Hidaya* p. 582, *Minhadj* II p. 148, *Khalil* 1047 (*Perron* IV p. 546), *El Mohekkik* (*Querry* I p. 515): nur derjenige, welcher das Saatkorn zu liefern hat, kann vor der Aussaat zurücktreten, *Hidaya* p. 582; im übrigen ist der eine und der andere Vertrag ebenso festbindend, wie der Pachtvertrag; sie können daher, und der mozara soll sogar unter Bestimmung einer festen Zeit abgeschlossen werden, *Hidaya* p. 579. 585, *El Mohekkik* (*Querry* I p. 515. 522); und wenn etwa der Kolone vor der Zeit das Grundstück aufgeben würde, so bliebe er haftbar, und der dominus könnte an seiner Stelle einen anderen Arbeiter auf seine Kosten engagiren, *Minhadj* II p. 148 [1]).

Die bisherige Darstellung wird die grosse Bedeutung des islamitischen Rechts für die Entwickelung des Commendainstitutes ausser Zweifel gesetzt haben.

---

[1]) Bezüglich des sicilischen Rechts vgl. *Brünneck* II S. 177.

S. 5 Z. 14 von oben: statt „es“ lies: Das Institut.

S. 6 Z. 3 von unten: statt „welche“ lies: welcher.

